scheint aber aus Mißverstand des Kirchenrechtes den alten Grundsätzen treu geblieben zu seyn. Nach dieser Darstellung ist also weder die das Erbrecht der Brautkinder allgemein bejahende, noch die dasselbe allgemein verneinende Meinung die richtige und theoretisch begründete. Will man jedoch letztere Ansicht zur Regel erheben, so werden davon diejenigen Kinder eine Ausnahme begründen, deren Eltern an solchen Orten contrahirten, wo die Vorschriften der Trident. Kirchenversammlung nicht verbinden.

VII.

Versuch über die Natur des Beweises durch Urkunden, insonderheit über die Beweiskraft schriftlicher Aufsätze gegen Andere, als den Aussteller.

Von

Herrn Geheimen-Justitzrath Wachenhusen zu Güstrow.

Fast in allen Lehrbüchern [1]) über die Theorie des gerichtlichen Verfahrens findet man als ausgemacht und aus den neuesten Forschungen hervorgehend den Satz aufgestellt:

---

1) C. F. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 88. — Tevenar, Theorie der Beweise im Civilprocesse p. 241. — Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen Processes (1827) §. 206. — v. Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen. I. nr. XXIV. §. 4. Struben, rechtliches Bedenken V. nr. 48. — Gönner, Handbuch (ed. 2.) II. nr. 46. §. 17. 18. — Claproth Einleitung in den Proceß 2r Theil §. 233. p. 312.

Daß schriftliche Aufsätze (Urkunden im engern Sinne) als Beweismittel gegen Andere, als gegen den Aussteller (contra tertium) gebraucht, keinen Beweis begründen.

Da jeder Practiker weiß, daß in vielen, vielleicht in den mehrsten Fällen gerade solche Urkunden es sind, welche bald den Hauptbeweis im Processe bilden, bald andern Beweismitteln zu Hülfe kommen sollen, so ist es wohl der Mühe werth, diesen so oft ausgesprochenen Satz, durch dessen strenge Anwendung nur allzuoft das materielle Recht ohne Schuld des Berechtigten in der Form des Processes untergeht, einer nähern Prüfung zu unterziehen.

Schon der verewigte Gensler [2]) hat in einem mit gewohnter Gründlichkeit gearbeiteten Aufsatze die allgemeine Anwendlichkeit dieses Satzes bestritten und Gründe dagegen aufgestellt, von denen es zu bewundern ist, daß man ihnen nicht größere Aufmerksamkeit gewidmet und aus ihnen zu genauern Prüfungen Veranlassung genommen hat. Ohne Zweifel hat man, da er, seiner Aeußerung zufolge an der dortigen Stelle [3]) nicht tiefer in die Lehre eingehe, sondern nur allgemeine Bemerkungen geben wollte, von ihm selbst bei seinem Leben die genauere Erörterung erwarten zu können geglaubt.

Da die Aussicht hiezu mit seinem zu frühen Tode verschwunden ist, so möge durch den nachstehenden Versuch die Veranlassung dazu wieder herbei geführt werden.

Kurz und für seine wichtigen Folgen fast allzu summarisch findet man in den angeführten Schriftstellern den Satz selbst und zugleich seine Ausführung in den Worten:

„Privaturkunden beweisen nicht gegen dritte Personen „sondern sind nur als unbeschworene Zeugen-Aus„sagen zu betrachten. [4])

---

2) Archiv für die Civ. Pr. I. Band p. 4 bis 8.

3) Archiv l. c. p. 3.

4) Wörtlich so findet man ihn bei Martin, v. Bülow

Theils scheint es also, daß man ihn blos von Privat-urkunden behaupten, den öffentlichen Urkunden aber, von ihrer formell größern Authenticität abgesehen, auch ihrem Inhalte nach größere Beweiskraft zuschreiben will; theils beweist der Beruf auf die Eigenschaft eines Zeugnisses daß die Natur und der Zweck des Beweises durch Urkunden nicht von allen Seiten dabey erwogen ist.

Die bevorstehende Prüfung wird also einen Rückblick auf die Natur des Beweises und der Beweismittel überhaupt nöthig machen.

Wenn man Alles, was von den neuesten und berühmtesten Schriftstellern in der Proceßtheorie über den Begriff und die Natur des Beweises geschrieben ist [5]) in einem einzigen Resultate zusammen fassen will, so kann man um den Rechtsbegriff des Beweises im Civil Proceß festzustellen wohl ohne Bedenken die Gönnersche Definition des Beweises zum Grunde legen. Hiernach ist der Beweis nach dem Geiste unseres s. g. gemeinen Processes.

Die Handlung einer Parthey, nach welchem sie über die streitigen [6]) Merkmale eines Factums von deren [7])

---

und Hagemann, Struben, Tevenar, Claproth l. c. wie auch bei Gönner a. a. O. p. 485 und 487., weniger allgemein bei Grolmann, wovon m. u.

5) Gönner, Handbuch II. Band nr. 37. (edit. 2.) Martin und Walch Magazin für den gem. T. Civ. Proc. I. Bd. I. Heft. nr. 2. Archiv I. Bd. I. Heft. nr. III.,

6) Bei Martin und Walch l. c wird p. 121. das Prädicat streitig durch die Bemerkung angefochten, daß es ja auch Fälle gebe, in denen der Kläger facta beweißt, die der Beklagte nie, (auch nicht einmal aussergerichtlich) geläugnet habe. Gleichwohl ist im Proceß kein Beweis des facti ohne Streit über dasselbe gedenklich. Und wenn gleich im Mandatsprocesse der Kläger seinen Beweis schon bei Anstellung der Klage, ehe also das erhebliche factum noch zwischen ihm und dem Beklagten vor Gericht streitig geworden ist, vollständig antritt, so geschieht dies doch nur, um die Richter sofort zu überzeugen, daß ein Streit, über dessen Wahr-

Wahrheit die Anerkennung ihres Rechts abhängt durch neues [8]) factisches Vorbringen, den Richter zu überzeugen sucht.

Der Zweck des Beweises ist hiernach Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit eines für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen Umstandes. In dem bekannten brocardicon *probatio fit judici* wird dies kurz, kräftig und erschöpfend ausgedrückt. Der Richter, d. h. der Richter in dem vorliegenden Rechtsstreite, soll von dem in Streit gezogenen erheblichen Thatumstande die Ueberzeugung, d. h. diejenige Gewißheit gewinnen, welche für ihn subjective Gewißheit entweder wirklich ist, oder doch nach positiven Gesetzen seyn soll. Nur er soll überzeugt werden; es ist also nicht nöthig, daß die Gewißheit auch für Andere, als für ihn Gewißheit sey, es ist namentlich auch unnöthig, daß die Gegenparthei sie erhalte. Nur versteht es sich von selbst, daß er sie als Richter [9]) erhalte, also

1. nur aus den Akten des vorliegenden Rechtsstreits,

---

heit zwar physisch, nicht aber moralisch möglich sey. Das Factum, auf welches es ankömmt, wird als streitig vorausgesetzt, und so behandelt um dem Streit darüber zuvorzukommen. Immer liegt also auch hier die Eigenschaft des Streitigen als wesentliches Begriffserforderniß zum Grunde.

7) Bei Gönner findet sich vor dem Worte: Wahrheit noch der Zusatz juristischen. Er setzt also die juristische Wahrheit der wirklichen, die formelle der materiellen entgegen. Ich habe das Wort weggelassen, weil schon durch den folgenden Satz: den Richter zu überzeugen sucht, der Unterschied zwischen der Wahrheit die der Richter als solcher dafür annimmt, oder annehmen muß, und der Wahrheit, die außergerichtlich dafür gilt, hinlänglich angedeutet ist.

8) Das Prädicat neues steht hier im Gegensatz dessen, was vorher schon in den Acten vorgekommen ist. c. f. Gönner l. c. p. 255 — 257. Wie unentbehrlich dieser Zusatz sey, wird sich erst in der Folge zeigen.

9) c. f. Martin und Walch l. c. §. 3. p. 72.

2. zwar durch Mittel, oder aus Gründen welche durch sich selbst geeignet sind, in einem mit Vernunft begabten, also eines richtigen Vernunftschlusses fähigen Menschen moralische Ueberzeugung hervorzubringen, aber auch

3. durch Mittel, deren Benutzung ihm die Gesetze nicht untersagen oder nicht mit deutlichen Worten von der Zahl der zur Hervorbringung einer moralischen Ueberzeugung an und für sich dienlichen Mittel ausschließen [10].

So wie diese Beschränkungen auf der einen Seite alle Einwendungen, welche wegen der Richtigkeit des Begriffs selbst aufgestellt, und alle Mißdeutungen und Mißgriffe welche dadurch scheinbar begünstigt werden können, entfernen, so folgt aus derselben auf der andern Seite auch mit der größten Evidenz, daß jedes durch positive Gesetze nicht ganz oder zum Theil ausgeschlossene Mittel, wenn es auf die Ueberzeugung eines vernünftigen und zu Vernunftschlüssen fähigen Menschen an und für sich mit Erfolg einzuwirken im Stande ist, zur Herstellung eines im Civil-Processe auferlegten Beweises für tauglich geachtet werden muß, [11] und daß es nur für untauglich dazu geachtet werden darf, wenn und in so ferne entweder die Vernunft oder positive Gesetze, welche mit der Vernunft ziemlich in Einklang zu seyn pflegen, sie für untauglich erklären.

Als taugliches Mittel zur Gewinnung der subjectiven [12])

---

10) Ein Richter z. B. der seiner eigenen Ueberzeugung nicht Einhalt thun könnte, wenn die beweispflichtige Parthei die Wahrheit des Beweissatzes mit einem Eide bekräftigte, oder der einem einzigen Zeugen vollen Glauben schenken wollte, weil er ihn einer Unwahrheit für unfähig hält, würde die nöthige Beschränkung in seiner Leicht- oder Gernglaübigkeit in den Gesetzen finden, welche es ihm untersagen, schon durch die bloße Eidesleistung der beweispflichtigen Parthei oder durch die Aussage eines Zeugen sich für so überzeugt zu halten, daß er diese Ueberzeugung als Richter auszusprechen wagen dürfe.

11) Grolmann Th. des g. P. §. 82.

12) Es wird ein- für allemal bemerkt, daß unter Ueber-

Ueberzeugung von einem streitigen Thatumstande kann ihm nun wie jedem andern Sterblichen, nur die sinnliche Wahrnehmung dienen und diese ihm den Thatumstand, auf welchen es ankommt unmittelbar oder mittelbar vorführen, d. h. man kann den Streitgegenstand, wenn seine Natur es zuläßt zu seiner eignen Anschauung bringen, und auf diese Weise ihn selbst zum aktenmäßigen [13]) Zeugen der Parthey machen,

zeugung und Gewißheit hier stets nur die sogenannte moralische, nicht also die mathematische, welche nur für Gegenstände der Mathematik möglich ist, verstanden wird, eine Gewißheit also, die aus einer an sich vernunftmäßigen Ueberzeugung, also aus Gründen geschöpft wird, welche die Vernunft für Ueberzeugungsmittel erkennt, ohne die Möglichkeit, daß die Ueberzeugung gleichwohl unrichtig seyn könne, ganz auszuschließen. Eben darum hoffe ich auch keinen Tadel zu verdienen, wenn ich oben behauptet habe, daß es genüge, wenn der Richter nur eine solche Ueberzeugung schöpft, welche subiectiv für ihn Ueberzeugung ist und ihm Gewißheit giebt, denn jede Ueberzeugung ist subiectiv, weil das, was sie hervorbringt nur in dem Inneren des Subiects auf dem Wege der Reflexion wirksam seyn kann. Der Ausdruck objective Ueberzeugung würde einen inneren Widerspruch enthalten und so ist also auch jede Gewissheit, die keine mathematische ist, nur eine subiective. Dies ist selbst bei der Ueberzeugung der Fall, die der Richter durch eigene sinnliche Wahrnehmung erhält. Gegen einen Richter, der durch Einnehmung des Augenscheins die Ueberzeugung gewönne, daß eine Linie, welche Alle außer ihm für eine krumme ansehen, gerade sey, würde daher immer kein anderes Mittel durchschlagend seyn, als daß man ihn entweder wegen körperlicher Unfähigkeit vom Richteramte oder von der Einnehmung des Augenscheins entfernte, oder daß man von seinem fehlerhaften Ausspruche an den höheren Richter provocirte. Geht es doch mit der geistigen Ueberzeugung und deren Aeußerung nicht anders, und eben so, wie der vernunftwidrige Ausspruch des Richters über einen Vernunftsatz formelles Recht bildet, so muß auch der wahrheitswidrige Ausspruch desselben über eine sinnliche Wahrnehmung, formelle Gewißheit geben also eben so, wie dort jener das materielle, diese die materielle Wahrheit besiegen.

13) Denn nur actenmäßiger Zeuge darf der Richter seyn,

oder, wenn die Natur des Gegenstandes dies nicht zuläßt, ihm darlegen, was irgend ein Anderer, sey es die streitende Parthey selbst, oder ein dritter durch den Gebrauch seiner Sinne darüber wahrgenommen hat.

Die Ueberzeugung des Richters wird also hervorgebracht oder — mit andern Worten — der Beweis wird geführt

1. vor allen Dingen und am sichersten dadurch, daß der Beweisführende das streitige factum selbst vor die eigenen wahrnehmenden Sinne des Richters bringt, — Beweis durch Augenschein,

2. Durch die Darlegung, daß derjenige, dem die Existenz des Factums eine Verpflichtung auflegt, dasselbe unter Umständen, die seine ernstliche Meinung außer Zweifel setzen, selbst als wahr bezeugt, oder — mit dem Kunstworte — daß er es eingestanden habe — Beweis durch Geständniß.

3. durch die Aussagen Anderer, welche das, was sie mit eigenen Sinnen darüber wahrgenommen haben, dem Richter wieder sagen — Beweis durch Zeugen.

Auf diese Basis wird daher die Grundeintheilung aller Beweismittel beruhen müssen, weil es kein anderes Mittel giebt, auf die Sinne des Richters, welche allein die Werkzeuge seiner factischen Ueberzeugung seyn können, einzuwirken.

Was man noch über den Beweis durch Vernunftschlüsse und Anzeigen, oder über den sogenannten künstlichen Beweis hinzuzusetzen pflegt, wird immer in irgend eine Classe dieser drey Beweismittel fallen, weil die Anzeigen sich nur auf Thatsachen, welche der Richter auf eine dieser drey

---

d. h. die Acten müssen unmittelbares und selbstständiges Zeugniß darüber geben, daß und was er mit seinen Sinnen wahrgenommen hat. Aktenmäßiger Zeuge wäre also z. B. der Richter nicht, wenn er seine zu einer Zeit, da er noch nicht Richter in der Sache war, gemachte oder durch außergerichtliche Veranlassung entstandene Wahrnehmung den Akten einverleiben wollte.

Arten sinnlich wahrnehmen muß, als Prämissen des daraus gezogenen Vernunftschlusses gründen können.

Ehe jedoch der materielle Werth jeder dieser einzelnen Ueberzeugungs-Arten gehörig geprüft werden kann, ist es nöthig, den Begriff derselben in Gewißheit zu setzen.

Was der Augenschein [14]) des Richters selbst ist, bedarf keiner Erörterung weil Niemand darüber in Zweifel seyn wird. Eine nähere Darlegung der Formen und Umstände, welche dessen Einnehmung als Beweismittel qualificiren, liegt ausser dem Zweck dieses Aufsatzes.

Desto nöthiger ist es, zu wissen, was man unter Geständniß und unter Zeugniß versteht und wodurch sich beide von einander unterscheiden.

---

14) Gönner (Handb. cf. II. nr. 44.) Grolmann (l. c. §. 187.) Martin (Lehrb. §. 217.) u. a. m. betrachten die Einnehmung des Augenscheins überall nicht als Beweismittel, sondern als Beweisgrund und ziehn daraus unter vielen wichtigen Folgerungen auch die, daß der Antrag darauf an keine Beweisfrist gebunden sey. Grolmann (in Uebereinstimmung mit Gönner) (l. c. §. 10.) behauptet sogar, daß er dem Beweisinterlocut vorausgehn müsse. So viel Licht durch die von beiden Gelehrten ausgeführte Ansicht über diese Lehre verbreitet ist, so dürfte sich doch in vielen Fällen practisch zeigen lassen, daß diese Meinung deren eigentlicher Grund wohl in der zu engen Stellung des Begriffs der Augenscheinseinnahme zu suchen ist, keineswegs durchaus richtig seyn kann. Wenn die Existenz irgend einer beweglichen ja selbst einer unbeweglichen Sache Gegenstand eines Rechtsstreits ist — wenn demjenigen, der sich zur Begründung eines behaupteten Erbrechts auf ein vorhandenes nicht in der Registratur des Gerichts, vor welchem gestritten wird, befindliches Testament bezieht, das Daseyn dieses Testaments abgeläugnet wird, so wird man den Richter wohl schwerlich berechtigt oder verpflichtet halten können, außerhalb des Beweisverfahrens und sogar schon vor dem Beweisinterlocut den Streitgegenstand selbst aufzusuchen und durch eigene Wahrnehmung sich von der bestrittenen Existenz zu überzeugen. Mit Evidenz ist das schon dargelegt von Gensler im Archiv I. Bd. I. Heft p. 31. not. **** und pag. 39. not. *.

Geständniß ist jede Aussage einer Person über das Vorhandenseyn einer Thatsache zu ihrem Nachtheile, mündlich oder schriftlich abgegeben in der Absicht, daß dadurch ein Zeugniß gegen sie gebildet werden soll [15]) Dagegen ist jede schriftliche oder mündliche Aussage einer Person über das Vorhandenseyn eines Thatumstandes welche nicht in dieser sondern in der Absicht vorgebracht wird, daß dadurch die Wahrheit zum Vortheil oder Nachtheil eines andern erkennbar werden soll, ein Zeugniß.

Die Richtigkeit dieser Erklärung wird im Allgemeinen schon der Sprachgebrauch beståttigen. Wer sich richtig ausdrücken will, wird niemals sagen, daß Jemand etwas zu seinem eigenen Vortheil eingestanden habe. Das Nachtheilige der Aussage gegen den Aussager selbst ist also ohne Zweifel das wesentliche Unterscheidungszeichen dessen, was man im gemeinen Leben und in der Sprache der Proceßführung ein Geständniß nennt [16]).

Die weiter angegebenen Unterscheidungsmerkmale sollen sich über den Sprachgebrauch des gemeinen Lebens erheben

15) A. D. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung pag. 55. Martin Lehrbuch §. 128. Martin und Walch l. c. p. 82. Thibaut System des P. Rechts §. 1150.

16) Wenn verschiedene Proceßlehrer den Umstand, daß das Ausgesagte zum Nachtheil des Aussagers gereichen müsse, in die Begriffsbestimmung nicht mit aufnehmen, z. B. Grolmann l. c. §. 82. Claproth l. c. §. 217. Danz Grunds. des g. o. Proc. §. 292. Tevenar p. 70., so kann dabei wohl nicht die Absicht zum Grunde liegen, denselben als nicht zum Begriff gehörig von der Bestimmung ausschließen zu wollen, wenigstens haben sie die obige Definition nicht mit Gründen angefochten. Nach der Tevenarschen Definition ist der Begriff des Geständnisses von dem eines Zeugnisses, welches l. c. pag. 104. definirt wird, nicht wesentlich zu unterscheiden.

Gönner (Hdb. II. nr. 44. §. 8. nr. VI.) fordert durchaus, daß das Geständniß den Bekennenden nur schade, nicht nütze.

und mehr den Begriff des Kunstausdrucks in der Proceßsprache als in der Sprache des Laien feststellen.

Schon Weber [17]) bemerkt sehr richtig, daß in dem gegebenen Sinne häufig auch der Zeuge ein Geständniß ablegt. Dies geschieht aber, so lange er sich in der Sphäre eines bloßen Zeugen bewegt, nicht in der auf ein Zeugniß wider sich selbst und zu seinem Nachtheile gerichteten Absicht. Wenn der Zeuge dem Richter zur Steuer der Wahrheit das Bekenntniß ablegt, daß er einen Contract der ihn verpflichtet und dessen Existenz gerade zur Frage steht, wirklich abgeschlossen habe; so kann ihm dabei wohl allerdings einfallen, daß dieses bis dahin zurückgehaltene und ihm jetzt durch den Zeugeneid abgepreßte Geständniß ihm Nachtheil bringen könne, allein damit wird das was er sagt, nicht den Werth des Geständnisses erhalten, sondern stets nur als Zeugniß und zwar — so sehr auch sein Zeugniß durch diesen Umstand an innerer Glaubwürdigkeit gewinnt — nach dem formellen Werthe, welchen das Gesetz ihm als Zeugniß giebt, zu würdigen seyn, weil der Aussagende es nicht in der direkten ursprünglichen Absicht, daß daraus ein Beweis gegen ihn hergenommen, ein Beweis zum Gebrauch gegen ihn gebildet werde, abgiebt, sondern weil der nächste Zweck — wenn auch zufällig eine andere Folge daraus entsteht — auf die Entdeckung der Wahrheit zum Vortheil eines Andern gerichtet ist.

Zu dem Wesentlichen im Begriffe eines Geständnisses im processualischen Sinne des Worts gehört also, daß der Gestehende dadurch ein Zeugniß gegen sich selbst abzulegen und einen Beweis daraus gegen sich zu bilden direct beabsichtige.

In diesem Sinne ist es also vollkommen richtig, wenn Weber a. a. O. sagt:

---

17) a. a. O. p. 53 und 54.

das Geständniß ist eine Aussage, wodurch Jemand etwas, das wider ihn gelten soll — d. h. also in der erklärten Absicht, daß es wider ihn als Beweis diene — als wahr anerkannt hat. [18])

Hiemit ist aber auch der wahre Begriff des Geständnisses erschöpft und es ist also namentlich nicht richtig, wenn fast in allen Definitionen das Vorhandenseyn zweyer Partheyen gegen einander als etwas dem Begriffe Wesentliches aufgestellt wird. Da diese Unrichtigkeit blos Einfluß auf die Wirksamkeit des Geständnißes hat, so werde ich darauf noch weiter unten zurückkommen. Für jetzt genügt die Bemerkung, daß man das Wesentliche des Begriffs verliert, wenn man durch diesen Zusatz den Leser sogleich in das Gebiet eines schon vorhandenen Rechtsstreits einführt. Wer in dem hier aufgestellten Sinne ein Geständniß macht, also die Absicht hat, daß daraus gegen ihn selbst ein Beweis hergenommen werden soll, muß dabei zwar allerdings die Möglichkeit eines künftigen Rechtsstreits gegen ihn im Auge haben, oder er weiß vielmehr, daß derjenige, der es von ihm empfängt, dabey an eine solche Möglichkeit denkt. Das Geständniß aber, welches seinem Begriffe nach schon vollkommen existirt, ehe der gedachte Fall, daß es in einem Rechtsstreite wirksam werden kann, eintritt, verliert die

18) Hiemit ist auch Gönner einstimmig, wenn er a. a. O. §. 9. den *animus confitendi* d. h. die Absicht über (factische) Rechtsverhältnisse eine verbindliche Erklärung abgeben zu wollen, als ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal des Geständnisses aufstellt. conf. auch Martin Lehrb. §. 128 damit ist indessen das Unterscheidungsmerkmal zwischen Geständniß und Zeugniß noch nicht hinlänglich ausgedrückt. Auch in dem so eben im Text aufgeführten Beispiele hat der Zeuge den animum confitendi, er bleibt aber im Begriff der Proceßtheorie nur Zeuge, weil er indem er bekannte nur Zeuge seyn, d. h. nur zum Vortheil eines Andern wahr sagen, nicht zu seinem eigenen Nachtheil handeln wollte.

ihm von vorne herein begriffsmäßig beiwohnende Eigenschaft dadurch nicht, daß dieser Fall nicht zur Wirklichkeit kömmt. Es kann also zum Wesen des Begriffs nicht gehören, daß derjenige der ein Geständniß abgiebt, wirklich Gegenparthey dessen sey, der es in der Absicht, es dereinst zu seinem Vortheil anzuwenden, empfängt.

Endlich muß für die Begriffsbestimmung noch bemerkt werden, daß das Geständniß insofern, als man darüber nicht blos einen Beweisgrund, sondern ein selbstständiges Beweismittel im Civilprocesse versteht, wesentlich von der Art seyn muß, daß es als ein solches von dem Richter sinnlich wahrgenommen werden kann, d. h. daß der Richter mit eigenem Sinne ein Geständniß in dem oben gegebenen Begriffe darin erkenne, oder noch bestimmter: daß das *factum* des Eingestehens selbst zur sinnlichen Wahrnehmung des Richters gebracht, daß der Richter zum sinnlich wahrnehmenden Zeugen des in dem gegebenen Begriffe existirenden Geständnisses gemacht werde.

Wenn der Beweisführende sich auf das außergerichtliche Geständniß seines Gegners beruft und dieses Geständniß durch Zeugen beweist, so führt er strenge genommen keinen Beweis durch Geständniß, sondern einen Zeugenbeweis, dessen Gegenstand das Geständniß ist. Er sucht in dem Richter durch das gesetzlich erlaubte Mittel des blossen Zeugnisses Anderer die Ueberzeugung hervorzubringen, daß sein Gegner die geläugnete Thatsache außergerichtlich als wahr angegeben habe, um dadurch dem Verstande desselben zu der Schlußfolgerung, daß die Thatsache wohl wahr seyn müsse, einen geistigen Impuls zu geben; er bringt also das Geständniß selbst nicht vor die Sinne des Richters, er überzeugt ihn nicht materiell von dessen Wirklichkeit und dadurch von der Wahrheit der Thatsachen selbst, und so wird also der Werth seines Beweises immer nur so zu würdigen seyn, als das Gesetz den Beweis durch Zeugen taxirt.

Nachdem auf diese Weise die Begriffe der einzelnen Beweismittel festgestellt worden, wird sich das, was über die Wirksamkeit derselben zu sagen ist, größtentheils von selbst zeigenmüssen.

Wirkung des Gebrauchs der bisher genannten Beweismittel ist: Ueberzeugung des Richters. Diese Ueberzeugung ist, wie schon oben erwähnt und gezeigt worden, für den Richter subjective Gewißheit, allein diese Gewißheit ist nicht immer eine materielle, sondern zuweilen auch nur eine formelle.

Um hier keinen Wortstreit zu veranlassen, bemerke ich sofort, daß hier nicht von demjenigen die Rede seyn soll, was in der juristischen Kunstsprache formelles und materielles Recht genannt wird.

Jeder geführte d. h. jeder von dem competenten höchsten Richter als geführt anerkannten Beweis macht unter den streitenden Theilen förmliches Recht, d. h. ein Recht, welches, wenn auch im Grunde wirkliches Unrecht, dennoch als Recht, eben darum aber auch nur unter den Partheyen selbst und für den vorliegenden Fall gilt.

Welch ein materielles Recht dadurch erreicht wird ist zwar keineswegs gleichgültig für den Gesetzgeber und den Richter, welche beide — der Erste durch weise Institutionen, der Letzte durch ewigen Krieg gegen den Irrthum — fortwährend auf das Eifrigste bestrebt seyn müssen in dem förmlichen Recht das materielle zu verwirklichen, aber gleichgültig und ohne Einfluß auf die einmal begründete Lehre.

Aeusserst wichtig und folgenreich ist dagegen der hier aufzustellende Unterschied zwischen willkührlicher oder materieller und formeller subjectiver Gewißheit, welche durch die verschiedenen Beweismittel in der Ueberzeugung des Richters hervorgebracht wird. Subjective Gewißheit ist materiell da vorhanden, wo der Richter durch die ihm gegebenen Gründe die Ueberzeugung von der Wahrheit des

Thatumstandes, auf welchen es ankömmt, darum gewinnt, weil es ihm seine Vernunft wirklich befiehlt, ihn als wahr zu betrachten, weil er — wenigstens seiner Meinung nach — aufhören müßte, das vernünftige Wesen zu seyn, was er zu seyn glaubt, wenn er anders urtheilte, weil die Prämissen und die Subsumtive des vorliegenden Falles unter dieselben in ihm einen Vernunftschluß hervorbringen, vermöge dessen er das Gegentheil nicht für möglich hält.

Formell ist dagegen die subjective Gewißheit da vorhanden, wo der Richter das Vorhandenseyn seiner Ueberzeugung, also die völlige Erledigung des Beweissatzes durch vollendete Beweisführung ausspricht, nicht weil er wirklich überzeugt ist und das Gegentheil nicht für möglich hält, sondern weil es Fälle giebt, in denen das positive Gesetz dem Richter befiehlt so zu sprechen, als wäre er überzeugt, wenn er auch wirklich nicht überzeugt ist, wenn er auch für seine Person das Gegentheil noch für möglich, ja selbst für wahrscheinlicher hält, und weil ihm nun gerade ein solcher Fall vorliegt.

Die Wichtigkeit dieses Unterschiedes zwischen den verschiedenen Gründen der richterlichen Ueberzeugung zeigt sich ganz besonders in der Form und in den äußeren Bedingungen, unter welchen sie gewonnen wird; und macht es daher besonders nothwendig jedes einzelne Beweismittel nach den oben angegebenen Merkmalen gehörig zu würdigen.

Aus diesen Merkmalen ergiebt sich nun

I. Daß der Zeugenbeweis unter allen Ueberzeugungs-Arten an und für sich den am wenigsten vorzüglichen Platz einnimmt, weil hier der Richter nicht mit eigenem Sinne wahrnehmen, nicht selbst sehen und hören kann, sondern glauben muß, was Andere gesehen und gehört haben. Ob der Richter auf diesem Umwege die Ueberzeugung, welche Zweck des Beweises ist, auffassen könne, ist nicht bloß von der physischen Beschaffenheit der Personen welche ihm ihre sinnlichen Wahrnehmungen mittheilen, sondern auch von

deren gutem Willen, ihm das, was sie wahrgenommen haben, richtig wieder zu geben, abhängig. Um selbst von der Wahrheit des Mitgetheilten Ueberzeugung zu gewinnen, muß also der Richter sich zuvörderst von dem Vorhandenseyn dieser Erfordernisse die Ueberzeugung verschaffen, da er aber ein Mensch und menschlichen Schwächen unterworfen ist und da er, je nachdem ein stärkerer oder schwächerer Verstand seine Ueberzeugung beherrscht, schwerer oder leichter geneigt seyn wird, demjenigen, was er nicht selbst hört und sieht, sondern erst von Andern erfährt, Glauben zu schenken, und da er überhaupt auf diesem Wege niemals wahre innere Ueberzeugung gewinnen kann; so würde bei dem Zeugenbeweise am Ende alles von der größern oder geringern Schwer- oder Leichtgläubigkeit des Richters abhängen, wenn nicht hier das positive Gesetz zu Hülfe käme, und dem Richter die Pflicht auflegte, unter gewissen ganz besondern Umständen [19]) zu glauben, und für wahr zu halten, was er sonst, aller ihm gemachten Mittheilungen ungeachtet, vielleicht nicht glauben, und für wahr halten würde.

Auf dieser blos positiven Vorsicht beruht die Natur des Zeugenbeweises und in ihr liegt zugleich der Grund aus welchem nur beschworne Zeugnisse als brauchbare Beweismittel betrachtet werden können [20]).

Anders ist es

II. mit dem Beweise durch Augenschein und Ge-

---

19) . . . . Archiv Bd. I. 1 Heft nr. III. §. 3.

20) Zu den Beweismitteln, welche den Richter auf einem andern Wege, als der der eigenen Anschauung, überzeugen und also gleichfalls nur förmliche subjective Wahrheit hervorbringen, gehören auch die Kunstverständigen. Sie bedürfen indessen hier keiner besondern Erwähnung, da sie eigentlich nur insofern zu den Beweismitteln gezählt werden können, als sie zugleich wirkliche Zeugen, d. h. Aussager über factische Begebenheiten sind.

ständnisse, insofern letztere — der obigen Bemerkung zufolge — als facta den Richter selbst zum actenmäßigen Zeugen haben. Der Richter trauet hier blos seinen eigenen Sinnen; er hört, er sieht selbst, hört und sieht oft zugleich; — es ist nicht möglich, daß er stärker als auf diesem Wege überzeugt werden kann. Hier giebt es keine positive Gesetze, welche ihn zum Glauben gegen seinen Unglauben verpflichten, oder gewisse Formen, unter denen er zu glauben gezwungen wird, was er wirklich nicht glaubt, vorschreiben; auch bedarf er deren nicht, denn er glaubt und ist überzeugt, weil das factum seinen eigenen Sinnen klar vorliegt. Hier ist also nicht bloß formelle hier ist materielle subjective Gewißheit.

Bey dem Beweise durch Augenschein, wird hierüber Jedermann einverstanden seyn. In Hinsicht der Geständnisse bedarf indessen die Sache noch einer besonderen Aufklärung, insoferne auf der einen Seite nicht alle Geständnisse zu den eigentlichen Beweismitteln zu zählen sind und auf der andern Seite nicht alle eine materielle subjective Gewißheit hervorbringen.

Daß namentlich das gerichtliche Geständniß im Civilprocesse nicht zu den Beweismitteln zu rechnen sey, ist eine längst anerkannte Wahrheit [21]), denn es erfolge, in welchem Theile des Processes es immer wolle, so beendigt es immer den Rechtsstreit, insoferne dieser von dem eingestandenen Thatumstande abhängig ist, ohne Beweisführung, weil das was die eine Parthey der andern einräumt, da es hiedurch unbestritten wird, nicht mehr Gegenstand einer Beweisauflage geworden ist, die bündigste Verzichtleistung auf fernere Beweisführung enthält, folglich jedes weitere Beweisverfahren ipso jure ausschließt.

---

21) c. f. Gönner (Hdb.) II. nr. XLIII. §. 51. Weber a. a. O. pag. 59 und 60.

Eben so unbestreitbar ist es, daß das gerichtliche Geständniß in einigen Fällen eine materielle subjective Gewißheit überall nicht hervorbringt, und in allen Fällen für den Zweck seiner Wirksamkeit eine solche nicht erfordert.

Die Beweiskraft des Geständnisses beruht zwar an und für sich auf dem sehr soliden Vernunftgrunde, daß man für den Fall der Regel von einem vernünftigen und freyen Wesen nicht erwartet, es werde zu seinem Nachtheile und mit dem Bewußtseyn, daß er dies zu seinem Nachtheile thue, als Zeuge gegen sich selbst auftrete, und insofern wird der Regel nach der verständige Richter den vor Gericht deutlich unumwunden und mit ausdrücklichen Worten abgelegten Geständnissen einer Parthey gegen die andere, allerdings auch wirklichen Glauben beymessen, also subjective materielle Ueberzeugung dadurch gewinnen. Allein nicht alle gerichtliche Geständnisse sind in der Form, wie sie hier vorausgesetzt wird, wirklich vorhanden, sondern sie werden nur vermöge einer wahren juristischen Fiction als vorhanden angenommen, und wo dies der Fall ist, da enthalten sie allerdings in sich selbst keinen Grund zur Hervorbringung einer wahren innern Ueberzeugung. In allen Fällen z. B. wo nach particulairrechtlicher Vorschrift die befohlene Einlassung auf die Klage in casu contumaciae als eine bejahende angenommen wird, kann man nur von formeller Wahrheit reden, weil es hier der gesetzlichen Vorschrift für den Ausspruch der richterlichen Ueberzeugung bedarf, welche materiell vielleicht durch keinen Vernunftgrund geboten wird. Eben so kann bei der Eidesdelation [22]) der Richter das

22) Die Eidesdelation ist die erlaubte Handlung der beweispflichtigen Parthey, durch welche sie den Richter auffordert, denjenigen Thatumstand als von der Gegenparthey eingestanden anzunehmen, dessen Nichtvorhandenseyn von dieser nicht beschworen werden kann, wogegen jene sich verpflichtet im Falle der Eidesleistung das von dem abgeschworenen Thatumstande abhängig gemachte Recht aufzugeben. Der Beweis durch Eidesantrag ist also Beweis durch fingirtes Geständniß.

Factum, über welches der Eidesantrag geschehen ist, der Eid mag nun wirklich verweigert oder in contumaciam für verweigert angenommen werden, nicht vermöge wahrer innerer Ueberzeugung, sondern nur vermöge einer positiven gesetzlichen Vorschrift als gewiß annehmen, weil aus dem Umstande, daß der Eid nicht geleistet ist, mit logischer Gewißheit der animus confitendi nicht zu schließen ist, vielmehr sich für diese Handlung noch viele andere des Beyfalls würdige Beweggründe denken lassen.

Wo aber auch dem gerichtlichen Geständnisse die wahre innere Ueberzeugung auf dem Fuße folgt, da kann man doch wenigstens immer behaupten, daß dies für den Ausgang des Streites ganz gleichgültig ist. Denn auch das unrichtige Geständniß bewirkt, wenn es in der gehörigen Proceßform einmal erfolgt ist, formelle Wahrheit und der Richter würde — selbst wenn er, seiner innersten Ueberzeugung nach, das eingestandene factum für ein nicht geschehenes erklären müßte — die formelle Wahrheit in seinem Rechtsspruch eben so gut, als jede materielle Wahrheit aufnehmen müssen.

Das gerichtliche Geständniß bewirkt also oft wirklich nur formelle Gewißheit, mindestens kann diese immer als das Resultat desselben angesehen werden. Nicht so dasjenige Geständniß, welches wirklich zur Zahl der Beweismittel zu rechnen ist: nämlich das außergerichtliche oder — wenn wir dem oben aufgestellten Begriffe folgen — das Geständniß, welches der Bekennende in der erklärten Absicht [23], daß dadurch ein erheblicher Thatumstand zum Zweck der Realisirung eines Anspruchs wider ihn bewiesen werden soll, ablegt, welches aber auch — wie oben gleichfalls schon bemerkt ist — wenn es als eigentliches Beweismittel im Civilpro-

23) Es bedarf der Bemerkung nicht, daß diese Absicht auch stillschweigend erklärt werden kann und daß in vielen Fällen die ganze Fassung diese Erklärung als sich von selbst verstehend umfaßt.

cesse dienen und nicht in eine andere Categorie der Beweismittel fallen soll, als Geständniß, zur sinnlichen Anschauung des Richters gebracht werden muß. Daß durch solche Geständnisse wirkliche Ueberzeugung des Richters, also subjective materielle Gewißheit hervorgebracht wird, bedarf keiner Ausführung, denn es bedarf für ihn zur Gewinnung derselben des bloßen Gebrauchs seiner Sinne ohne irgend eine dazu gehörige Form und ohne daß erst ein positives Gesetz seinem Glauben zu Hülfe kommen müßte [24]).

Ein so zum Beweismittel gestempeltes Geständniß wird nun der Regel nach nichts anderes als ein zum Zweck des dadurch zu führenden Beweises abgefaßter schriftlicher Aufsatz seyn, in welchem der Bekennende das Zeugniß gegen sich selbst entweder durch eigene Unterschrift oder vor Zeugen, die zu diesem Zweck dem Acte des Geständnisses beywohnen und zwar in der erklärten Absicht, daß durch denselben ein Beweis gegen ihn geführt werden soll, ablegt [25]).

---

24) Ich erwarte hier den Einwurf nicht, daß die Ueberzeugung, welche der Richter in diesem Falle durch sinnliche Anschauung gewinnt, wohl in so fern nur eine formelle zu nennen sey, als der Richter doch immer noch eine Sinnentäuschung für möglich halten könnte, folglich es immer noch der Zuhülfenahme positiver Gesetze bedürfe, um ihn zu bestimmen, daß er auch den Gedanken an die entgegengesetzte Möglichkeit von sich entfernt halte. Ein Richter, der so zweifelmüthig seyn könnte, daß er auch an das, was seine eigene sinnliche Wahrnehmung unmittelbar aufnimmt, noch in Zweifel zöge, würde freylich durch die Gesetze, welche ihm den unvernünftigen Zweifel untersagen, in seine Schranken zurückgewiesen werde. Darum läßt sich aber noch nicht behaupten, daß es der Dazwischenkunft positiver Gesetze bedürfe um die Ueberzeugung hervorzubringen. Denn für den Fall der Regel kann man nur an vernünftige nicht an unvernünftige Richter denken.

25) Ein solches vor Zeugen abgelegtes außergerichtliches Geständniß ist darum, weil Zeugen dazu adhibirt werden, noch nicht dem blos förmlichen Beweismittel durch Zeugen zuzuzählen, die Zuziehung der Zeugen — oft auch eines Notars —

Durch solche außergerichtliche Geständnisse bildet sich nun der bedeutendste Theil des sogenannten Urkundenbeweises, der in allen Proceß-Arten unter den verschiedenen Beweismitteln die hauptsächlichste Stelle — im summarischen Processe sogar ausschließlich einnimmt.

Was eine Urkunde sey, wird in jedem processualischen Lehrbuche übereinstimmend vorgetragen. Man versteht darunter im weitesten Sinne, alle leblosen Gegenstände, welche ihrer Natur nach zur richterlichen Anschauung gebracht werden können und zur Ueberzeugung des Richters von dem streitigen Puncte aus dem Grunde dienen, weil sie

a) entweder den Streitgegenstand selbst seinem Auge darstellen, oder

b) außergerichtliche Geständnisse in dem oben gegebenen Sinne des Worts, oder endlich

c) Zeugnisse über wesentliche Vorgänge, und zwar beyde auf einem andern Wege, als durch mündliche Aussage zur unmittelbaren Wahrnehmung desselben bringen.

Im engeren Sinne bezeichnet man damit schriftliche Aufsätze, welche dem Richter zu seiner Ueberzeugung von der Wahrheit des Streitpunctes vorgelegt werden, und indem man diese wieder in öffentliche und Privat-Urkunden eintheilt, je nachdem sie das Zeichen der Autorität eines Staatsbeamten oder einer öffentlichen Behörde an sich tragen oder nicht, pflegt man die Theorie über ihre Beweiskraft an diese Eintheilung unmittelbar anzuknüpfen und den öffentlichen Ur-

---

geschieht gewöhnlich nur, um, wenn der Gestehende nicht selbst schreiben kann, dessen eigenhändige Unterschrift zu ersetzen. Indem diese Zeugen die Identität der Person des Gestehenden in Gewißheit setzen, ist der hierauf gerichtete Beweis freilich ein Zeugenbeweis und die Frage, ob die Identität dadurch bewiesen sey, nach Grundsätzen des Zeugenbeweises zu beantworten; allein der Inhalt des Geständnisses — und darauf allein kommt es hier an — wird nicht durch Zeugen, welche denselben gar nicht einmal zu kennen brauchen, sondern durch das Geständniß bewiesen.

kunden eben so entscheidend vollkommene Beweiskraft zuzusprechen [26]) als man dieselbe den Privaturkunden, die nicht gegen den Aussteller producirt werden, abspricht.

Es wird sich indessen zeigen, daß diese Eintheilung in Hinsicht auf die Fähigkeit der Urkunde zur Hervorbringung richterlicher Ueberzeugung, nur in sehr wenigen Fällen von Einfluß ist, und daher mag sie hier für jetzt nur historisch angedeutet seyn.

Welcher von den oben geführten Hauptclassen der Beweise der Beweis durch Urkunden sowohl im weitern als im engern Begriffe zuzuzählen ist, geht aus der gegebenen Erklärung von selbst hervor. Da es zum Wesen desselben gehört, daß der Richter durch die Urkunde eine historische Kenntniß durch eigne sinnliche Wahrnehmung von dem Streitgegenstand erhalten soll, folglich dieselbe mit eigenen Augen

---

26) Martin Lehrbuch d. b. Proc. (1827.) §. 206. Claproth ordentl. Proceß 2r Bd. §. 232. Auch Gönner (Handbuch d. g. Proc. II. XLVI. §. 3. theilt die Urkunden in Bezug auf ihre Glaubwürdigkeit in öffentliche und Privaturkunden ein. Indessen scheint er doch §. 9 scqq. den Unterschied eigentlich nur auf den Beweis der Aechtheit zu beziehen.

Spangenberg in seiner Abhandlung über die Beweiskraft archivalischer Urkunden. (Archiv II. nr. 8. p. 87.) scheint den Beweis der Aechtheit, welchen der öffentliche Glaube im Gefolge hat, für gänzlich gleichbedeutend mit der Beweiskraft in Hinsicht auf den Inhalt zu achten. Sonst hätte er pag. 95. den Satz: Jedes in einem Archiv aufbewahrte Original hat, falls es ächt ist, vollkommen Beweiskraft nicht so allgemein hinstellen können. Protocolle z. B. welche die Aussage unbeeidigter oder sonst ohne gesetzliche Förmlichkeit abgehörter Zeugen enthalten, beweisen wohl allerdings den Umstand, daß die Zeugen damals so ausgesagt haben, vollkommen. Daß aber das Ausgesagte wahr sey, ward zur Zeit der Abhaltung des Protocolls durch die Aussage nicht bewiesen; es wird also auch jetzt aus dem alleinigen Grunde weil das Protocoll in einem Archiv aufbewahrt ist, nicht als bewiesen angesehen werden können.

sehen muß, so ist der Urkundenbeweis hauptsächlich und immer Beweis durch Augenschein im weiteren Sinne des Worts.

In so ferne man aber unter Beweis durch Augenschein im engeren Sinne diejenige Art der Beweisführung versteht, in welcher es bloß darauf ankömmt, den Richter durch sinnliche Anschauung von der physischen Beschaffenheit des Streitgegenstandes, als einer körperlichen Sache, zu unterrichten, kann man den Urkundenbeweis dieser Classe der Beweismittel nicht allein, sondern man muß ihn allen drey Classen zuzählen, so daß derselbe also

a) entweder bloß Beweis durch Augenschein, oder

b) bloß Beweis durch aussergerichtliches Geständniß, oder endlich

c) Beweis durch Zeugniß ist.

Wenn die beweisende Urkunde ein bloßes Zeugniß in dem oben angegebenen Sinne des Worts ist, also weiter nichts enthält, als die schriftliche Versicherung einer Person über das Vorhandenseyn eines Thatumstandes, welche nicht in der directen Absicht dadurch gegen sich selbst und zu ihrem Nachtheile, sondern in der bei der Ausstellung vorhandenen directen Absicht, daß dadurch die Wahrheit zum Vortheil oder Nachtheil eines Anderen erkennbar werden soll, ausgestellt wird, so kann sie allerdings keine wahre innere Ueberzeugung des Richters, sondern wie der Zeugenbeweis überhaupt, nur formelle, d. h. nur eine solche Wahrheit hervorbringen, die das positive Gesetz ohne und selbst wider vorhandene Ueberzeugung des Richters dafür erkannt. Da nun solche schriftliche Zeugnisse nicht in der Form, welche das positive Gesetz zur Bedingung der formellen Beweiskraft macht, ausgestellt, da sie gewöhnlich unbeschworen und wenn auch mit angehängter wirklicher eidlicher Versicherung, doch nicht vor dem in der Sache competenten Gerichte mit einem körperlichen Eide bekräftigt sind, so wird man sie der Regel nach aus der Zahl der wirksamen Beweismittel ausstreichen müssen.

Nur in dem Falle werden sie als wirksame Beweismittel gelten können, wo sie wahre amtliche Zeugnisse sind, d. h. wo nicht nur der Aussteller ein ihm vom Staate übertragenes Amt im Augenblick der Ausstellung wirklich bekleidet, sondern wo auch der dahin bezeugte Thatumstand dergestalt Gegenstand seiner Amtsführung ist, daß er Kraft seiner Amtspflicht eine vollkommene Kenntniß davon haben muß und zur Ausstellung des Zeugnisses verpflichtet ist, mindestens durch ein der Wahrheit nicht strenge entsprechendes Zeugniß seine Amtspflicht verletzen, also ein Verbrechen begehn würde. Hier ist es auch, wo der Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden sich besonders bemerklich macht, weil Zeugnisse dieser Art gewöhnlich auch öffentliche Urkunden sind, d. h. durch ihre äußere Gestalt, z. B. durch ein öffentliches Siegel, die öffentliche Autorität des Ausstellers, oder der ausstellenden Behörde signisiciren. Indessen ist dieser Umstand doch eigentlich nur zufällig auf die Beweiskraft des Zeugnisses von Einfluß, denn wenn auch diese Kennzeichen einer öffentlichen Autorität nicht vorhanden wären, (es ließe sich ja z. B. denken, daß diese Zeichen verloren gegangen, oder unkenntlich geworden seyn könnten) so würde doch der Inhalt vollkommen Beweiskraft haben, wenn nur anderweitig bewiesen werden könnte, daß das Zeugniß wirklich von einem solchen Aussteller herrühre.

Während in dieser Ansicht über den Werth und die Beweiskraft der Urkunden, so weit dieselben bloß schriftliches Zeugniß enthalten, alle Forscher in der Proceßlehre miteinander übereinstimmen, findet man außerdem die Theorie des Urkunden-Beweises fast eben so allgemein nur noch aus einem Gesichtspuncte betrachtet, nämlich aus dem Gesichtspuncte eines außergerichtlichen Geständnisses.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)